

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.273 van 25 maart 2016
in de zaak A. 218.577/XII-8098**

In zake: 1. de NV G4S SECURE SOLUTIONS
2. de NV G4S SECURE MONITORING
3. G4S MONITORING TECHNOLOGIES LIMITED
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Ian Arnouts en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre, Tim Bruyninckx en Mehdy Abbas
Khayli
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 februari 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“• de ‘gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing’ van de Vlaamse Gemeenschap d.d. 12 februari 2016 op grond waarvan ‘[d]e opdracht voor een raamovereenkomst voor het ter beschikking stellen van een applicatie voor het beheer van het elektronisch toezicht alsook de levering van uitrustingen voor het elektronisch toezicht van justitiabelen niet geplaatst [wordt]’ (de eerste bestreden beslissing);

• de ‘gemotiveerde beslissing tot het overdoen van een gunnings-procedure’ van de Vlaamse Gemeenschap d.d. 12 februari 2016 op grond

waarvan ‘[d]e plaatsing van een raamovereenkomst voor het ter beschikking stellen van een applicatie voor het beheer van het elektronisch toezicht alsook de levering van uitrustingen voor het elektronisch toezicht van justitiabelen wordt overgedaan volgens de gunningsprocedure van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking’ (de tweede bestreden beslissing)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 maart 2016, om 14.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten David D’Hooghe, Ian Arnouts en Alexandre Peytchev, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaten Jens Debièvre en Tim Bruyninckx, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap organiseren een samengevoegde overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp “Raamovereenkomst d.m.v. een open offerteaanvraag voor het ter beschikking stellen van een applicatie voor het beheer van het elektronisch toezicht alsook de levering van uitrustingen voor het elektronisch toezicht van justitiabelen”.

De Vlaamse Gemeenschap treedt op als aanbestedende overheid.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 februari 2015 en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 11 februari 2015.

De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open offerteaanvraag, met als modaliteit de raamovereenkomst.

Op de opdracht is het bestek WVG/DEP/JH/VCET/1 van toepassing.

Het bestek omschrijft het voorwerp en de aard van de opdracht als volgt:

“De raamovereenkomst betreft het ter beschikking stellen en hosten, in de vorm van huur zonder aankoopoptie, van een applicatie voor het beheer van het elektronisch toezicht, de levering van uitrustingen en toebehoren voor het elektronisch toezicht van justitiabelen, het verlenen van support aan de medewerkers van de dienst voor elektronisch toezicht, het ter beschikking stellen van de handboeken en het verstrekken van opleiding.

Het betreft een overheidsopdracht voor leveringen.

Deze opdracht bevat één perceel en behelst volgende materialen en diensten (de ook B. Technische voorschriften):

Levering en onderhoud van apparatuur voor het elektronisch toezicht van justitiabelen. Er worden 7 types onderscheiden (zie ook B. Technische voorschriften), met name:

- type 1: oplossing voor het elektronisch toezicht van een justitiabele in de eigen woning aan de hand van een TPI en een eenheid voor toezicht (RF), daaronder begrepen de mogelijke signaalherhalers(s);
- type 2: oplossing voor het elektronisch toezicht van een justitiabele op alle plaatsen aan de hand van een eenheid voor follow-up en een eenheid voor toezicht (RF+GPS+LBS), daaronder begrepen de mogelijke signaalherhalers(s);
- type 3: oplossing voor het elektronisch toezicht van een justitiabele in de eigen woning via stemherkenning;
- type 4: oplossing van dubbele controle waarbij de types 1 en 3 worden gecombineerd (zie hierboven);

- type 5: oplossing van dubbele controle waarbij de types 2 en 3 worden gecombineerd (zie hierboven);
- type 6: oplossing voor het geolokaliseren van een slachtoffer en voornoemd slachtoffer ervan op te hoogte te brengen dat de onder elektronisch toezicht geplaatste justitiabele aan het naderen is;
- type 7: ‘pack’ bestaande uit een installatiekit en een eenheid voor mobiele controle.

Daarnaast dient de leverancier te voorzien in:

- de levering en onderhoud van een software en bijhorende hardware met het oog op het beheer van personen onder elektronisch toezicht (ABET);
- de ontwikkeling en het onderhoud van een interconnectie met de bestaande informaticatoepassing van het beheer van het elektronisch toezicht Siset;
- de opleiding van de medewerkers van de dienst voor elektronisch toezicht en het ter beschikking stellen van de bijhorende documentatie;
- het verlenen van technische support aan de dienst voor elektronisch toezicht. [...]

De inschrijvers worden volgens het bestek getoetst aan de hiernavolgende uitsluitingscriteria:

“12.1.1. Uitsluitingscriteria

Door het indienen van een offerte verklaart de inschrijver zich niet in een van onderstaande uitsluitingsgevallen te bevinden. De aanbestedende overheid zal de juistheid van deze impliciete verklaring op erewoord onderzoeken in hoofde van de inschrijver wiens offerte het beste gerangschikt is. Daartoe zal zij de betrokken inschrijver vragen via de snelste middelen en binnen de termijn die zij aanduidt, de inlichtingen of documenten te leveren die toelaten zijn persoonlijke toestand na te gaan. De inlichtingen of documenten die de aanbestedende overheid kosteloos via elektronische middelen bij de gegevensbeheerder kan opvragen, zal door de aanbestedende overheid zelf worden opgevraagd. [...]

Zesde uitsluitingscriterium

De inschrijver moet in orde zijn met de betaling van zijn belastingen en taksen volgens de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is, overeenkomstig de bepalingen van artikel 63 van het KB van 15/07/2011.”

De offertes moeten elektronisch worden ingediend.

De gunningscriteria zijn: de technische waarde op 60% van de punten en de prijs op 40%.

3.2. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes van 4 mei 2015 zijn er vier offertes ingediend, namelijk door de bvba 3M Belgium, Buddi Ltd, SuperCom Ltd en het consortium van de nv G4S Secure Solutions, de nv G4S Secure Monitoring en G4S Monitoring Technologies Ltd, dit zijn de verzoekende partijen.

3.3. De beoordeling van de offertes is opgenomen in het zogenaamde “niet-plaatsingsverslag” van 28 januari 2015 (hierna: het verslag). Hierin worden de inschrijvers de bvba 3M Belgium, Buddi Ltd en het consortium van de nv G4S Secure Solutions, de nv G4S Secure Monitoring en G4S Monitoring Technologies Ltd, dit zijn de verzoekende partijen, geweerd omdat zij niet voldoen aan de eisen inzake het toegangsrecht of de kwalitatieve selectiecriteria. SuperCom Ltd voldoet volgens dit verslag wel aan die eisen en heeft een formeel regelmatige offerte ingediend doch haar offerte wordt geweerd wegens materiële onregelmatigheid, namelijk de offerte is niet conform de technische besteksvereisten. In het verslag wordt als conclusie voorgesteld de opdracht niet te gunnen.

De verzoekende partijen voldoen volgens het verslag niet aan de eisen inzake toegangsrecht om de volgende redenen:

“B. Onderzoek en beoordeling offertes

1 Selectie [...]

1.3. Toegangsrecht

Het bestek bevat de volgende uitsluitingscriteria:

[...]

- Zesde uitsluitingscriterium: betaling van lasten en taksen;

[...]

In verband met het zesde uitsluitingscriterium werd via e-mail aanvullende informatie opgevraagd bij de Federale Overheidsdienst Financiën (de precieze hoogte van de fiscale schuld van G4S Secure Monitoring nv en van G4S Secure Solutions nv), die bezorgd werd op 25 september 2015. Aan G4S (openstaande schuldvorderingen ten opzichte van een aanbestedende overheid) en SuperCom (stukken die aantonen dat Satellite Tracking of People (STOP) LLC zich niet in een uitsluitingsgeval bevindt) werd aanvullende informatie gevraagd. Deze werd door G4S op

17 september 2015 (op 4 mei 2015 onbetaalde facturen) en door SuperCom (verklaring onder eed) op 16 augustus 2015 via e-mail bezorgd.

Na analyse van de offertes en de opgevraagde en bezorgde informatie blijkt het volgende:

- 3M en SuperCom en de onderaannemers op wiens draagkracht zij beroep doen, bevinden zich niet in een toestand van uitsluiting in de zin van het zesde uitsluitingscriterium;
- Het consortium van G4S bestaat uit drie partners: G4S Secure Solutions nv, G4S Secure Monitoring nv en G4S Monitoring Technologies Ltd. Na analyse van de offertes en de opgevraagde en bezorgde informatie bleek dat zowel G4S Secure Solutions nv als G4S Secure Monitoring nv op 4 mei 2015 een fiscale schuld hadden die hoger was dan €3000. Hierop werd de grootte van de schuld onderzocht en werd G4S gevraagd of deze twee partners op 4 mei 2015 openstaande schuldvorderingen hadden ten opzichte van een aanbestedende overheid. Uit het onderzoek bleek dat G4S Secure Monitoring nv op 4 mei 2015 openstaande schuldvorderingen op aanbestedende overheden had waarvan het bedrag op 3000 euro na, ten minste gelijk was aan de achterstallige afbetaling van zijn fiscale schulden. Uit het onderzoek bleek tevens dat G4S Secure Solutions nv op 4 mei 2015 geen openstaande schuldvorderingen op aanbestedende overheden had waarvan het bedrag op 3000 euro na, ten minste gelijk was aan de achterstallige afbetaling van zijn fiscale schulden. G4S Secure Solutions nv bevindt zich in een toestand van uitsluiting in de zin van het zesde uitsluitingscriterium. G4S moet dan ook worden uitgesloten van de toegang tot de gunningsprocedure, waardoor de offerte niet verder wordt beoordeeld;
[...]

1.5 Conclusie [...]

Volgende inschrijvers voldoen niet aan eisen inzake toegangsrecht of de kwalitatieve selectiecriteria: [...]

- G4S”.

3.4. Bij besluit van 12 februari 2016 beslist de secretaris-generaal van het Departement Welzijn, Volksgezondheid en Gezin van de Vlaamse Gemeenschap om de redenen uiteengezet in het verslag de opdracht niet te plaatsen.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

Bij afzonderlijk besluit van 12 februari 2016 beslist dezelfde secretaris-generaal de plaatsing van de raamovereenkomst over te doen volgens de

gunningsprocedure van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met de volgende motivering:

“Overwegende dat de gemeenschappen de offertes voor de overheidsopdracht met als nummer WVG/DEP/JH/VCET/1/1 hebben bestudeerd en hebben vastgesteld dat enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend;

Overwegende dat het bijgevolg wenselijk is een overheidsopdracht uit te schrijven onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, op basis van artikel 26, §1, 1°, e) van de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, volgens hetwelk het mogelijk is dergelijke procedure aan te wenden wanneer ‘enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend naar aanleiding van een open of beperkte procedure of concurrentiedialoog, mits de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die aan de eisen inzake kwalitatieve selectie beantwoorden en bij de eerste procedure een formeel regelmatige offerte hebben ingediend, en de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd’;

Overwegende dat aan al deze voorwaarden is voldaan”.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

Hierop start de verwerende partij onderhandelingen met SuperCom Ltd als enige inschrijver die werd geselecteerd en een formeel regelmatige offerte indiende bij de vorige gunningsprocedure.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van de middelen

5. De verzoekende partijen voeren drie middelen aan.

5.1. In een eerste middel voeren zij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van “het beginsel van de materiële motivering”, van de artikelen 4, 9°, en 5, 10°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 61, § 2, 6°, en § 3 *juncto* artikel 63 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partijen betwisten dat deelgenoot, de nv G4S Secure Monitoring, niet zou voldoen aan het vereiste inzake fiscale schulden, minstens menen zij dat de verwerende partij hier onzorgvuldig tewerk is gegaan dan wel de beslissing niet goed heeft gemotiveerd; overigens wijzen zij erop dat de uitsluiting facultatief is en de verwerende partij de uitsluiting als verplichtend heeft opgevat. Ook betogen zij dat de offerte van SuperCom Ltd welwillender is behandeld ten aanzien van dit uitsluitingscriterium. Aangezien, zo vervolgen zij, de tweede bestreden beslissing gegrond is op de onwettige eerste bestreden beslissing, is ze ook onwettig.

5.2. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, van “het beginsel van de materiële motivering”, van de artikelen 4, 9°, en 5, 10°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, van artikel 26, § 1, 1°, e), van de voormelde wet van 15 juni 2006, van de artikelen 51, § 2, tweede lid, 52, § 1, 1°, 82, § 3, en 95, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 en van het beginsel *‘patere legem quam ipse fecisti’*.

Zij betogen dat de informatie in het verslag ruimschoots onvoldoende is om na te gaan of SuperCom Ltd aan wie de aanbestedende overheid meerdere vragen stelde inzake de ondertekening van haar offerte, deze rechtsgeldig met een elektronische handtekening heeft ondertekend. Op grond van de beschikbare informatie menen de verzoekende partijen dat de offerte van SuperCom Ltd niet rechtsgeldig is ondertekend evenmin als de verbintenis van haar onderaannemer Satellite Tracking of People LLC Inc. USA. Ook hier leidt de onwettigheid van de eerste bestreden beslissing volgens de verzoekende partijen naar de onwettigheid van de tweede bestreden beslissing.

5.3. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 2 en 3 van voormelde de wet van 29 juli 1991, van de artikelen 4, 1°, en 5, 2°, van de voormelde wet van 17 juni 2013 en van artikel 26, § 1, 1°, e), van de voormelde wet van 15 juni 2006.

Zij betogen dat de tweede bestreden beslissing onwettig is omdat de verwerende partij zonder nadere motivering inzake het algemeen belang heeft beslist over te gaan tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Beoordeling

6. Bij arrest met nr. 234.272 van heden in de zaak met rolnummer A.218.560/XII-8096 zijn de hier bestreden beslissingen in hun tenuitvoerlegging geschorst in essentie om reden dat ernstige twijfel is gerezen over de gelijke behandeling van de inschrijvers en inzonderheid of de verwerende partij terecht de inschrijver SuperCom Ltd selecteerde en haar offerte terecht formeel regelmatig verklaarde. Voorts merkt de Raad in dat arrest op dat de verwerende partij de mogelijkheid heeft om de gunningsfase inzake het toegangsrecht en de selectie van de inschrijvers en de regelmatigheid van de offertes aan een nader onderzoek te onderwerpen en er een nieuwe beslissing over te nemen. Hierbij lijkt het passend dat de verwerende partij alsdan van die gelegenheid gebruik maakt om de kandidatuur van de verzoekende partijen evenzeer aan een nader onderzoek te onderwerpen in functie van de hier geopperde grieven.

In die omstandigheden is een uitspraak door de Raad over de grieven van de verzoekende partijen thans voorbarig. Het belang van de verzoekende partijen is vooralsnog afdoende behartigd door de in voormeld arrest uitgesproken schorsing. Het is dan ook passend slechts uitspraak te doen over de onderhavige vordering van de verzoekende partijen hetzij nadat over het annulatieberoep in de zaak A. 218.560/XII-8096 is beslist, hetzij nadat de schorsing vroeger heeft opgehouden te bestaan.

BESLISSING

Het debat wordt heropend.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 maart 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra